

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A ATUAL INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

GERSON GODINHO DA COSTA

Juiz Federal, Especialista em Direito Penal Empresarial e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Professor de Direito Penal e Processo Penal da Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul – ESMAFE/RS

*Existe a atitude de desaprovação ignorante,
e existe a atitude de admiração acrítica, mas
muito pouco há entre as duas.*

George Orwell

RESUMO: o presente ensaio analisa criticamente a atual orientação majoritária do Supremo Tribunal Federal que relativiza o alcance da norma constitucional que trata da presunção de inocência, para permitir a execução penal antecipada.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal. Presunção de inocência. Execução penal antecipada.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Delineamentos gerais do princípio da presunção de inocência. 2. O tratamento constitucional pátrio da presunção de inocência. 3. O posicionamento majoritário do Supremo Tribunal Federal. 4. Considerações críticas sobre o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. 4.1. A adequada resposta criminal. 4.2. A norma constitucional onde está contida a *presunção de inocência* qualifica-se como *regra* e não *princípio*. 4.3. Relativização interpretativa. 4.4. A suficiência de duas instâncias decisórias. 4.5. A utilização abusiva de recursos. 4.6. Mutações constitucionais. 4.7. A relativização da relativização. Circularidade prática. Conclusões. Referências Bibliográficas.

Introdução

Quando do exame do Habeas Corpus n. 126.292, em sessão realizada em fevereiro de 2016, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, revendo o posicionamento assentado no Habeas Corpus n. 84.078, admitiu a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau, entendendo inexistir ofensa ao princípio constitucional da presunção da inocência. O aresto foi relatado pelo Ministro Teori Zavascki.

O tema, contudo, permanece polêmico. E não apenas alhures, mas no interior da própria Corte. Retornou à pauta no julgamento do Habeas Corpus n. 152.752, interposto em favor do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. Na oportunidade, o entendimento assentado no julgamento relatado pelo Ministro Teori foi reafirmado. A despeito do Ministro Alexandre de Moraes, que lhe sucedeu no Tribunal, inclinar-se pela posição majoritária, alguns julgadores reviram suas orientações. E o enigmático voto proferido pela Ministra Rosa Weber sinalizou que a questão não se encontra definitivamente solvida. A solução, pois, ao que tudo indica, deve ser apresentada, inapelavelmente, ao ensejo do julgamento de Ações Diretas de Constitucionalidade que se debruçam sobre o art. 283 do Código de Processo Penal.

Portanto, enquanto não definida, a matéria merece detida reflexão. E é esse o propósito deste singelo trabalho. Naturalmente sujeito a críticas por suas limitações – *temporais*, pelo estreito período destinado à pesquisa, *logísticas*, em razão da escassez do material consultado, conquanto abundante a literatura disponível sobre a matéria, e *espaciais*, em respeito à estrutura comedida do ensaio –, terá alcançado seu objetivo se simplesmente estimular a ponderação não apenas sobre a *presunção de inocência*, mas também sobre os importantes desdobramentos implicados na decisão do Supremo Tribunal Federal.

Cumprе destacar, porém, que a proposta de divulgação nesta Revista da Associação dos Juizes Federais do Rio Grande do Sul/AJUFERGS está menos implicada no teor de suas teses – de resto já levadas à publicação – do que no objetivo de homenagear o Ministro Teori Zavascki. Singela homenagem, é bem verdade. Mas sincera e reveladora de especial admiração por um magistrado de escol.

Teori Albino Zavascki foi um homem público de destaque. Qualificação óbvia que se impõe não apenas pela relevância dos cargos que exerceu, mas também pelo seu legado científico, externado em diversos trabalhos acadêmicos e em incansável produção jurisdicional. Acresça-se a essas características a dedicação séria e discreta no exercício da magistratura, virtudes que, infelizmente, têm sido alheadas da atividade judicante, especialmente a segunda, ainda hoje aqui e acolá, mas com sinais evidentes de que se está consolidando indesejável e crescente movimento.

É fato que a morte, amiúde, redime biografias. Homens comuns – e tome-se o substantivo em sua acepção geral de humanos, sujeitos a idiossincrasias e vicissitudes, atores de erros e acertos –, de posturas questionáveis, quando não são pessoalmente santificados, têm seus equívocos perdoados, a partir do óbito, pela natural sublimação de seus defeitos por parte daqueles que lhes sobreviveram ou mesmo por puro exercício de bajulação interessada.

Não é o caso do Ministro Teori. Tanto que aqui não segue uma pontual e efêmera hagiografia, mas um texto técnico, tão ao seu gosto. E paradoxalmente um trabalho que pretensiosamente experimenta criticar uma de suas construções hermenêuticas. Cuida-se então de uma ínvida e acrimoniosa investida às ideias de uma das mais altas autoridades jurídicas, procurando mostrar uma atitude independente e desafiadora? Não. Muito antes pelo contrário. Trata-se de uma crítica científica, portanto, impessoal, tão ao gosto do também Professor Teori, e muito reverente.

Na solidificação do estado democrático de direito, tão almejado por homens de espírito republicano, as divergências e os debates são intrínsecos a essa incessante tarefa. Imbuído desse espírito Teori Zavascki escrevia, publicava, professava e jurisdicionava. Não para encobrir-se na designação de Professor ou Ministro do Supremo e evitar o confronto promissor, mas para estimular a criação de soluções para o sistema jurídico deste nosso tão complexo e ultrajado Brasil. Seria estimulante escutar seus juízos sobre nosso atual cenário político, *lato sensu*.

Permanece ainda de grande interesse, pois, discutir esse tratamento emblemático da *presunção de inocência* e sua (in)compatibilidade com a execução antecipada de sanções penais.

E, para esses efeitos, é conveniente apresentar, inicialmente, os delineamentos conceituais da *presunção de inocência*, através de sintéticos esboços históricos e mediante observância de seu tratamento pretensamente global, para então se ingressar na análise do seu tratamento constitucional. Num segundo momento, caberá examinar os principais argumentos alinhavados pela tese majoritariamente vencedora do Supremo Tribunal Federal, e então, a partir desses fundamentos, efetuar uma abordagem crítica.

1 Delineamentos gerais do princípio da *presunção de inocência*

Na abalizada palavra de Luigi Ferrajoli, a *presunção de inocência* constitui-se em “princípio fundamental de civilidade”¹. Ainda segundo o pensador italiano, o preceito atua “a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado”². Cuida-se de inestimável valor político que legitima o Estado de Direito³. Conforme Nereu Giacomolli, trata-se de “princípio de elevado potencial político e jurídico, indicativo de um modelo basilar e ideológico de processo penal”⁴, intrinsecamente relacionado à dignidade da pessoa humana⁵.

Compreendido como direito fundamental de primeira geração, ou direito de liberdade, na percepção de Paulo Bonavides “têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”⁶.

1 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 441.

2 Idem, p. 441.

3 Idem, p. 441.

4 GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 94.

5 Idem, p. 95.

6 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 517.

Eis algumas características diretamente relacionadas à relevância constitucional, filosófica e política do preceito, delas decorrendo a basilar influência exercida sobre o direito processual penal. Não por outra razão Aury Lopes Jr. o entroniza como “princípio reitor do processo penal”⁷, e Nereu Giacomolli lhe atribuirá a árdua tarefa de “sustentação humanitária do processo penal”⁸.

Debruçando-se sobre o preceito no âmbito do direito alemão, assevera Winfried Hassemer que a “*presunção de inocência* é um dos pilares do nosso Processo Penal”, para mais adiante referir que “pode-se compreendê-lo como um componente irrenunciável na organização do processo se se tem em vista que o processo, por um lado, deve caminhar com segurança para um esclarecimento definitivo sobre a questão do fato e da culpabilidade”⁹.

Em linhas gerais, a *presunção de inocência* “corresponde, tecnicamente, *não-consideração prévia de culpabilidade*”¹⁰. Ou seja, até o momento processual eleito pela legislação de regência, seja constitucional ou infra-constitucional, nenhuma pessoa poderá ser considerada culpada, estando eximida, pois, de qualquer restrição à liberdade que importe em antecipação de pena, ainda que sobre ela recaia alguma imputação pela prática de fato delituoso. Ademais, por aquela passagem é observável que os conceitos de *presunção de inocência* e de *não-culpabilidade* se identificam¹¹.

7 LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 226.

8 GIACOMOLLI, op. cit., p. 95.

9 HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 221.

10 TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 313.

11 Ainda que se possa cogitar de eventual distinção terminológica, nos estreitos limites deste trabalho são apanhadas indistintamente. Nesse norte, o escólio de Nereu Giacomolli: “As fórmulas ‘presunção de inocência’ (formulação positiva) e ‘presunção de não-culpabilidade’ (formulação negativa) são equivalentes, independentemente das possíveis distinções idiomáticas, semânticas e de purificação conceitual. Distinguir é reduzir o alcance da regra humanitária do *status libertatis*, afastando-se do conteúdo da previsão constante dos diplomas internacionais antes mencionados. Diferenciá-las é afastar o estado de inocência, é partir da culpabilidade e não da inocência. Também não

Embora a *presunção de inocência* obstaculize a imposição de sanções em decorrência de fatos que se subsumam a determinadas descrições normativas típicas, os sistemas jurídicos em regra têm admitido restrições de natureza eminentemente cautelar, ao argumento base de que por não suceder “apriorística consideração de culpa do investigado, indiciado ou acusado, nenhuma afronta sofrerá o preceito constitucional analisado”¹². Essa construção, no entanto, é passível de incisivas críticas de setores comprometidos em atribuir à *presunção de inocência* o atributo da invencibilidade¹³.

Entretanto, mesmo ante a possibilidade de medidas cautelares, o preceito em referência não deixa de espargir seus efeitos, agora pelo estreitamento das hipóteses que legitimem a aplicação dessas medidas. Com efeito, na linha do que sustenta Luis Gustavo Carvalho, a “introdução do princípio da *presunção de inocência* modela e limita as possibilidades de prisão processual, tornando excepcionais os motivos que a justificam”¹⁴.

É costume atribuir à *presunção de inocência* duas distintas compreensões, sendo tomada ou como *regra de tratamento* ou como *regra de juízo*¹⁵. Naquela “exclui ou ao menos restringe ao máximo a limitação da liberdade pessoal”¹⁶, enquanto nesta “impõe o ônus da prova à acusação além da absolvição em caso de dúvida”¹⁷.

há um estado de ‘semi-inocente’. O conteúdo das expressões não pode gerar dúvidas acerca do estado de inocência e nem desvirtuar o regramento probatório, proteção da liberdade e o tratamento do sujeito como ser humano” (GIACOMOMOLLI, op. cit., p. 92).

12 TUCCI, op. cit., p. 315.

13 Luigi Ferrajoli é adepto desse pensamento, apesar de reconhecer que a orientação que admite a relativização da *presunção de inocência*, a partir da admissibilidade restrita de medidas cautelares, “acabou sendo justificada por todo o pensamento liberal clássico” (FERRAJOLI, ob. cit., p. 444).

14 CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição*: princípios constitucionais do processo penal. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 189.

15 Essa especificação é mencionada apenas a título ilustrativo. Não obstante cientificamente rigorosa a distinção, para os fins deste trabalho não se afigura indispensável, senão que cabe esclarecer que a análise estará estritamente relacionada com a sua concepção de regra de tratamento.

16 FERRAJOLI, op. cit., p. 442.

17 Idem, p. 442.

Embora as origens do preceito remontem ao direito romano, e após “ofuscado, se não completamente invertido, pelas práticas inquisitórias desenvolvidas na Baixa Idade Média”¹⁸, investe-se como garantia de ineqüívoco cunho libertário a partir das idéias iluministas, concretizando-se nos diplomas inspirados nessa filosofia. Aponta-se sua primeira aparição na Constituição do estado da Virgínia (1776)¹⁹, contudo, é por intermédio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) que seu reconhecimento se universaliza.²⁰ A partir de então, e apenas a título exemplificativo, seguem-lhe recomendando observância a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)²¹, a Convenção Européia de Direitos Humanos (1950)²², o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (1966)²³ e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)²⁴.

18 Idem, p. 441.

19 CARVALHO, op. cit., p. 187.

20 Pontua seu art. 9. “*Como todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado, se se julgar indispensável detê-lo, todo rigor desnecessário para que seja efetuada a sua detenção deve ser severamente reprimido pela lei*” (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 154).

21 Art. XI. “*1. Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa*” (idem, p. 233).

22 “*1. Toda pessoa tem direito à liberdade e a à segurança. Ninguém pode ser privado de sua liberdade, salvo nos seguintes casos e de acordo com as vias legais: a) em caso de detenção regular, após condenação por um tribunal competente*” (idem, p. 267).

23 Art. 14. “*2. Toda pessoa acusado de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa*” (idem, p. 304).

24 Art. 8.º “*Garantias Judiciais (...) 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa*” (GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos: pacto de San José da Costa Rica*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 89).

Hodiernamente, é previsto nas Constituições do Canadá²⁵, da Espanha²⁶, da Itália²⁷, do Japão²⁸ e de Portugal²⁹. Embora não descrito na Lei Fundamental, encontra-se consagrado na jurisprudência alemã³⁰. Antes do advento da Convenção Européia de Direitos do Homem, quando a partir da qual se considerou positivado, já era igualmente admitido pelas jurisprudências belga³¹ e inglesa³². Na França, além da previsão contida na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, constou de reforma ao respectivo Código de Processo Penal como princípio guia³³.

25 TUCCI, op. cit., p. 313.

26 TUCCI, op. cit., p. 313; GIACOMOLLI, op. cit., p. 91.

27 TUCCI, op. cit., p. 313; FERRAJOLI, op. cit., p. 442; PERRODET, Antoinette. O Sistema Italiano. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Processos Penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 347; GIACOMOLLI, ob. cit., p. 91.

28 TUCCI, op. cit., p. 313.

29 TUCCI, op. cit., p. 313; GIACOMOLLI, op. cit., p. 91.

30 De fato, “a lei deve ser conforme aos princípios do Estado de Direito (art. 28 da GG), ‘republicana, democrática e social’, da qual a jurisprudência extrai, por exemplo, a presunção de inocência (*die Unschuldsvermutung*)” (JUY-BIRMAN, Rudolphe. O Sistema Alemão. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Processos Penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 10).

31 “O princípio é largamente admitido pela jurisprudência e atualmente ele encontra seu fundamento no art. 6 da Convenção Européia de Direitos do Homem” (PESQUIÉ, Brigitte. O Sistema Belga. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Processos Penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 85).

32 “Até o Ato sobre Direitos Humanos de 1988, para outros princípios fundamentais do processo penal era necessário observar a jurisprudência: entre os princípios básicos que poderiam ser encontrados emergia a presunção de inocência (...) Mas, agora, o referido Ato incorporou a Convenção Européia de Direitos do Homem ao direito do Reino Unido, e a procura pelos princípios fundamentais normalmente se dá dentro da estrutura da Convenção” (SPENCER, J.R. O Sistema Inglês. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Processos Penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 253).

33 DERVIEUX, Valérie. O Sistema Francês. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Processos Penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 155. Porém, consoante Giacomolli, “a Constituição Francesa de 1958, em seu preâmbulo, o qual tem idêntica força dos dispositivos contidos no texto principal, declara adesão aos princípios da Declaração de 1789 (‘o povo francês proclama solenemente sua adesão aos Direitos do Homem e aos princípios de soberania nacional tal como foram definidos na Declaração de 1789, confirmada e completada pelo preâmbulo da Constituição de 1946’)” (GIACOMOLLI, op. cit., p. 91).

2 O tratamento constitucional pátrio da presunção de inocência

A *presunção de inocência* encontra-se estampada no inciso LVII do art. 5.º da atual Constituição Federal brasileira, *in verbis*: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”³⁴.

As Constituições anteriores, todavia, não previam expressamente essa garantia, sem embargo de dispuserem que o rol incluso nos respectivos livros que tratavam dos direitos e garantias individuais era meramente exemplificativo, sem exclusão, por conseguinte, de outros princípios decorrentes do regime e princípios adotados³⁵.

Interpretando o texto constitucional em vigência, assevera Rogério Lauria Tucci que, “consagrado constitucionalmente esse expressivo, e *favor libertatis*, regramento, determinante, como visto, de que, sem a necessária *certeza* de ser o imputado autor da infração penal cuja prática lhe é atribuída, que só se concretiza com o trânsito em julgado da sentença condenatória, não há como considerá-lo culpado”³⁶.

Esse fragmento enseja a extração de duas insuperáveis premissas, inerentes ao preceito constitucional em exame. Primeira: a *presunção de inocência* é preceito erigido em favor da *liberdade individual*. Portanto, por apresentar nítido e inequívoco conteúdo assecuratório, não se compatibiliza com interpretações que lhe restrinjam o alcance. Segunda: sua superação fática pressupõe necessariamente o *trânsito em julgado*. Não por que se poderia cogitar de *certeza* sobre a realização e autoria do fato típico imputado ao réu³⁷, mas por que no âmbito da dinâmica processual

34 BRASIL. *Constituição*. Organização por Alexandre de Moraes. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

35 GIACOMOLLI, op. cit., p. 91.

36 TUCCI, op. cit., p. 313.

37 As pertinentes críticas tecidas em desfavor do vetusto e ultrapassado *standard* “verdade real” não permitem que se cogite atualmente de *certezas* nos juízos condenatórios ou absolutórios, mas apenas de reconstruções aproximadas de fatos passados que redundem em juízos condenatórios ou absolutórios.

somente o trânsito em julgado não mais permite a rediscussão do mérito a partir de pretensões acusatórias³⁸.

Assim, se a regra constitucional apresenta conteúdo apenas compatível com interpretações que não cerceiem seu caráter libertário, mas antes o estimulem, além de estar estruturada de forma que o trânsito em julgado se apresente como marco temporal, não se mostra acertado desconsiderá-lo mediante antecipação das penas, em franca relativização da garantia.

Não por outro motivo que no sistema jurídico pátrio doutrina e jurisprudência prevaletentes, a exemplo do que, como anteriormente ressaltado, observa-se em sistema alienígenas, justificam a *prisão preventiva* e a *prisão temporária* por se apresentarem como medidas cautelares. Por outro lado, restaram rechaçadas a *prisão resultante da decisão de pronúncia* e o *encarceramento decorrente de sentença condenatória recorrível*. Estas constituíam efeito automático de determinadas decisões judiciais, enquanto aquelas somente estão autorizadas a partir do cumprimento de requisitos fáticos e jurídicos específicos que lhe permitam a decretação³⁹.

Conforme pontifica Nereu Giacomolli, “a prisão somente se justifica após uma sentença condenatória com trânsito em julgado e a prisão processual não representa uma antecipação dos efeitos de uma condenação, a qual somente encontra suporte nas estreitas limitações constitucionais de caráter cautelar e vinculadas às necessidades processuais”⁴⁰.

3 O posicionamento majoritário do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal alterou seu entendimento, anteriormente manifestado por maioria no Habeas Corpus n. 84.078/MG, relatado pelo Ministro Eros Roberto Grau, para, agora, também por maioria, admitir que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em

38 Ressalvada a possibilidade de revisão criminal, exclusivamente em favor do condenado.

39 TUCCI, op. cit., p. 315.

40 GIACOMOLLI, op. cit., p. 95.

grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5.º, inciso LVII da Constituição Federal” (Habeas Corpus n. 126.292, Rel. Ministro Teori Zavascki)⁴¹. Restaram vencidos, na oportunidade, por ordem de antiguidade na Corte, os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio de Melo, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber.

Grosso modo, é possível identificar algumas linhas mestras que orientaram a decisão da maioria, composta pelos Ministros Teori Zavascki (relator), Edson Fachin, Luis Roberto Barroso, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Carmen Lúcia: (I) a necessária resposta criminal do estado ao fato delituoso, erigido à condição de exigência constitucional, encontra-se prejudicada⁴², inclusive no que se refere à *razoável duração do processo*⁴³, em prejuízo à credibilidade e funcionalidade do Poder Judiciário e do sistema penal⁴⁴, reforçando, acerca deste, atributos negativos relacionados à crença na impunidade⁴⁵ e seletividade⁴⁶; (II) a norma constitucional onde está contida a *presunção de inocência* qualifica-se como *princípio* e não *regra*; (III) a expressão *culpado* inserta na regra permite interpretações que relativizem a exigência do trânsito em julgado⁴⁷; (IV) o exame por duas instâncias decisórias é suficiente para a imposição das penas⁴⁸, inexistindo sistema que admita terceira e quarta esferas de decisão⁴⁹; (V) é preciso coibir o uso abusivo de recursos, especialmente os que apresentam intuito meramente protelatório⁵⁰; (VI) houve mutação

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus n. 126.292/SP. Data do Julgamento: 17 fev. 2016. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 28 ago. 2016.

42 Ministros Teori e Barroso.

43 Ministros Fachin e Gilmar.

44 Ministro Barroso.

45 Ministros Barroso e Gilmar.

46 Ministros Barroso.

47 Ministros Teori, Barroso e Gilmar.

48 Ministros Teori, Fachin, Barroso e Fux.

49 Ministros Teori e Fachin.

50 Ministros Teori, Fachin, Barroso, Fux e Gilmar.

constitucional desde o julgado anterior⁵¹; (VII) a posição assentada pela Corte permite também ela relativização. Assim, na hipótese de flagrante equívoco pelas instâncias ordinárias, é admissível a utilização de mecanismos processuais que estanquem conseqüências danosas ao imputado, v.g., o habeas corpus ou a atribuição pontual de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial⁵².

Para o presente trabalho, são esses os principais argumentos alinhavados pelos julgadores, os quais terminaram por sustentar a tese vencedora. O objetivo, a partir de então, é analisar crítica e individualmente cada qual e, na medida do necessário, apresentar eventuais razões que sustentem posicionamento exatamente contrário ao albergado pelo Supremo Tribunal Federal.

4 Considerações críticas sobre o posicionamento do Supremo Tribunal Federal

4.1 A adequada resposta criminal

A posição majoritária atentou para o problemático sistema processual penal pátrio. É possível atribuir-lhe, no mínimo, três desqualificações: é *hipertrofiado*, *seletivo* e *ineficiente*. E não carece de consistência a afirmação de que essa constatação terminou por orientar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

O sistema é de fato *hipertrofiado* por que apresenta infindáveis possibilidades recursais, no plano horizontal ou vertical, especialmente neste, inclusive ante a jocosa qualificação de terceira e quarta instâncias dirigida aos órgãos jurisdicionais não ordinários. É *seletivo* por que essas instâncias recursais extraordinárias amiúde estão ao alcance apenas

51 Ministro Barroso.

52 Ministros Teori, Barroso e Gilmar.

daqueles que dispõem de razoável acervo financeiro⁵³. É ineficiente por que a pretensão a pretensão punitiva, quando não desabilitada pela prescrição, em regra se situa demasiadamente distante do fato punível que lhe é pressuposto⁵⁴.

Sem embargo, não parece adequado que, perseguindo corrigir incongruências do sistema, seja relativizado preceito constitucional, especificamente a *presunção de inocência*. Não somente por que é desacertada a interpretação obtida a partir dessa finalidade, sob pena de esfacelamento da especial força normativa emanada da Constituição, como pela possibilidade de ajuste dessas deficiências por posturas compatíveis com o sistema constitucional, ainda que mediado por outros órgãos e poderes republicanos.

Em atenção ao princípio da proporcionalidade, sob o triplo vértice da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, é possível afirmar que outras medidas poderiam ser adotadas sem necessidade de ultrapassar a norma constitucional. Nesse ponto, reforma constitucional que limitasse os recursos dirigidos aos tribunais superiores poderia contribuir sensivelmente para superação das dificuldades apresentadas pelo sistema penal. No que se refere à prescrição, poderiam ser criados, pelo legislador, mecanismos interruptivos ou suspensivos, exemplificativamente quando da interposição do recurso extraordinário ou especial, agravos contra decisão de inadmissibilidade dos mesmos, embargos de declaração, etc.

53 A devida estruturação das defensorias públicas tem proporcionado aos profissionais extremamente qualificados que nelas militam a utilização desses instrumentos, não raro com sucesso. E embora se desconheça estudos indicando a parcela populacional atendida, as limitações pessoais e orçamentárias nas quais estão inseridos esses órgãos permitem intuir que essas atuações podem configurar exceções. De resto, a superação mesma desse óbice não seria suficiente para arrefecer as duas outras características negativas, a hipertrofia e a ineficiência do sistema processual penal.

54 É importante o registro de que essa resposta não seja necessariamente de procedência da ação penal. A improcedência também é resultado aguardado. A avaliação dessa inaptidão do sistema para apresentar respostas em tempo razoável não guarda necessária relação com o número de condenações. Deve guardar proporção sim com o número de respostas em tempo adequado, sejam condenatórias ou absolutórias. É permitido, pois, relacionar essa ineficiência com o regular descumprimento do preceito que trata da duração razoável do processo (art. 5.º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal).

Portanto, é equivocado pretender que a *presunção de inocência* seja arrefecida, a partir da desconsideração do trânsito em julgado, mediante aplicação do princípio da proporcionalidade. Ambos devem ser compatibilizados, não confrontados.

O reconhecimento da *proibição de proteção deficiente* tampouco deve orientar o intérprete para fins de relativização da *presunção de inocência*. A esse respeito, a irretocável conclusão de Luciano Feldens: “A garantia de que uma tal função protetiva do Estado não se irá dissipar em mera política de *defesa social* decorre da necessidade constitucional, antes revisitada, de equacionar a função de imperativo de tutela à tradicional função de proibição de intervenção. A co-existência dessas funções é uma imposição e um desafio ao legislador que eventualmente se encontrará entre *Cila* e *Caríbdis*. No plano jurisdicional-aplicativo, *mutatis mutandis*, processa-se o mesmo: a efetivação da resposta penal haverá de se processar mediante a observância das garantias individuais, que em nenhum momento são jogadas para escanteio”⁵⁵.

Outra vez a recomendação, assim como antes aventado no que concerne ao princípio da proporcionalidade, é a de conciliar a *proibição de proteção deficiente* com a *presunção de inocência*, e não estabelecer um conflito que importe em esvaziamento de qualquer dos conceitos.

É correta a percepção de que a atuação disfuncional do sistema processual penal redundava em descrédito e desprestígio do Poder Judiciário. Mas as soluções para o problema, não é demasiado repisar, não deve passar pela relativização de normas constitucionais⁵⁶.

O temor quanto à relativização não passa por consideração de ordem meramente retórica. Repousa nos possíveis desdobramentos dela

55 FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e direito penal*: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 95.

56 Nesse sentido, a precisa consideração da Ministra Rosa Weber no HC em estudo: “Há questões pragmáticas envolvidas, não tenho a menor dúvida, mas penso que o melhor caminho para solucioná-las não passa pela alteração, por esta Corte, de sua compreensão sobre o texto constitucional no aspecto”.

decorrentes. Embora a decisão procure atender inequívoca insatisfação social, a contrapartida pode ser inestimável. Nessa senda, é autorizado especular sobre qual o limite de intervenção do Supremo Tribunal Federal, notadamente quando a Corte atuar orientada por inflamadas reivindicações veiculadas por opinião pública ou publicada, ou ainda por se considerar o único órgão responsável pela correção das atuações estatais deficientes.

Sendo possível desconsiderar o marco processual/temporal representado pelo *trânsito em julgado*, não é defeso elucubrar que, no elogiável intuito de reprimir a violência perpetrada por policiais militares, organizações criminosas e oficiosos grupos paramilitares – problema grave e amplamente reconhecido –, seja construído estapafúrdio conceito de guerra civil/militar que possibilite ampliar os casos de aplicação da pena de morte. O exemplo é hiperbólico, decerto. Mas figurativamente a abertura de singela fresta não impede que a porta seja aos poucos escancarada⁵⁷.

A *seletividade* pela contratação de profissionais gabaritados é inerente a qualquer sociedade capitalista de classes. Não é particularidade brasileira, conquanto aqui possa se apresentar mais acentuadamente. Para conclusões mais precisas seria necessário estimar o índice de sucesso dessa categoria não apenas em outros países. Igualmente não é possível assegurar se, limitada a atuação profissional pela execução antecipada, não se criarão outros nichos de trabalho. Aliás, na medida em que o próprio julgado autoriza impugnação tópica em desfavor da prematura execução, o profissional gabaritado encontrará aí outro campo de atuação.

Atinente à *razoável duração do processo*, elevada à condição de garantia constitucional expressa pela Emenda Constitucional n. 45/2004, mediante inscrição do inciso LXVIII no rol das garantias do art. 5.º da Constituição Federal, não se presta à queima de etapas processuais com

57 Bem a propósito desse raciocínio foi a ilustrativa proposição que aventou postergar a antecipação da execução penal para momento posterior à apreciação do caso pelo Superior Tribunal de Justiça, via recurso especial, e imediatamente anterior ao exame pelo Supremo Tribunal Federal, através de recuso extraordinário. Transferir-se-ia à “*terceira instância*” (extraordinária) o obstáculo final que ora recai sobre a segunda (ordinária).

a finalidade de assegurar a punição do agente imputado. Os problemas estruturais do Poder Judiciário⁵⁸, com imediatas implicações no sistema processual penal, não podem ser resolvidos pela alteração ou subtração do itinerário formal a ser percorrido por exigência devido processo legal.

4.2 A norma constitucional onde está contida a *presunção de inocência* qualifica-se como *regra* e não *princípio*.

Não é possível definir de plano se uma norma é *regra* ou *princípio*. Tal classificação, por vezes, somente poderá ser constatada após atuação do intérprete⁵⁹. É possível intuir, no entanto, que o *princípio da presunção de inocência*, frente a sua densidade e fraca abertura semântica assemelha-se mais às regras do que aos princípios.

É preciso reconhecer que transita com naturalidade em companhia de dispositivos outros, que lhes são similares, como os inscritos no art. 283 do Código de Processo Penal, com redação determinada pela Lei n. 12.403/2011 (“*Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva*”)⁶⁰ e nos artigos 105 (“*Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução*”), 147 (“*Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públi-*

58 Colhe-se do voto do Ministro Gilmar Mendes: “Resta-nos reconhecer que as instâncias extraordinárias, da forma como são estruturadas no Brasil, não são vocacionadas a dar respostas rápidas às demandas”.

59 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 44.

60 BRASIL. *Código de Processo Penal e Constituição Federal*. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

cas ou solicitá-la a particulares”) 164 (“*Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora*”) da Lei de Execuções Penais⁶¹.

Certamente não se aplica a Constituição Federal em orientação ao disposto na legislação infraconstitucional. O que deve ocorrer é precisamente o contrário. O que importa desvelar, porém, é que o teor do comando constitucional, reiterado em dispositivos infraconstitucionais, recomenda seu tratamento na condição de regra, não de princípio.

4.3 Relativização interpretativa

O propósito da Corte Suprema de reparar evidentes deficiências do sistema penal pela relativização da *presunção de inocência* apresenta grave problema hermenêutico.

Conforma lição de Canotilho, “**Interpretar** uma norma constitucional consiste em atribuir um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos normativo-constitucionalmente fundada”. Prossegue o eminente constitucionalista luso: “Sugerem-se aqui três dimensões importantes da interpretação da constituição: (1) interpretar a constituição significa procurar o *direito* contido nas normas constitucionais; (2) investigar o direito contido na lei constitucional implica uma *actividade* – actividade complexa – que se traduz fundamentalmente na <<adscrição>> de um significado a um enunciado ou disposição lingüística (“texto da norma”); (3) o *produto* do acto de interpretar é o significado atribuído”⁶².

A norma é concretizada a partir do enunciado legislativo ou disposição lingüística. Portanto, a toda evidência, o ato de interpretar não é arbi-

61 BRASIL. *Código de Processo Penal e Constituição Federal*. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

62 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1186.

trário, pois parametrizado por esse enunciado ou disposição lingüística. Deveras, “o espaço de interpretação, ou melhor, o *âmbito de liberdade de interpretação* do aplicador-concretizador das normas constitucionais, tem também o texto da norma como limite”⁶³.

É certo que o intérprete ao emprestar significado ao significante embute em sua construção hermenêutica pré-concepções inerentes a sua condição e ao seu contexto. Elementos históricos, sociais, psicológicos, axiológicos interferem, mesmo que imperceptivelmente, no resultado da exegese. Ainda assim, há limites na realização do trabalho, sob pena de o produto apresentado ser discricionário.

O fenômeno designado por neoconstitucionalismo, orientado pela tarefa de emprestar efetividade aos comandos constitucionais, naturalmente implicou o reexame das diretrizes hermenêuticas. Esse contexto diferenciado, entretanto, não dispensou por completo o modelo subsuntivo, senão que tratou de adequá-lo a essa novel realidade.

Elucidativa é a seguinte consideração de Luís Roberto Barroso: “A idéia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição. Não importa em desprezo ou abandono do método clássico – o *subsuntivo*, fundado na aplicação de *regras* – nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos. Relevante, mas nem sempre suficiente”⁶⁴.

63 Idem, p. 1206.

64 BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 141. Não se pretende aqui explicitar a descortesia de contrapor a lição do estudioso com a aplicação prática pelo Ministro Barroso. Objetiva-se apenas a coleta de argumentos em favor da tese ora externada. Tanto que, a seguir, as lições do pesquisador terminam por se coadunar com os fundamentos do julgado: “A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo de uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas

Pois na hipótese, verifica-se que o método gramatical restou desprezado, quando o correto seria não restringir seu alcance libertário. Sua desconsideração, para fins de atender propósitos consequencialistas, extravasou a mínima vinculação que o intérprete deva manter com o signifi-
ficante, deslegitimando, em decorrência, a atuação jurisdicional. Com a devida vênia, no ponto, o Supremo desbordou dos limites que orientam o aplicador da norma, não cumprindo com a necessária auto-contenção que deve orientar o julgador, especialmente em relação a comando não infenso a violações e invectivas, e cujo conteúdo é de inequívoco propósito assecuratório. O preceito constitucional que expressa a *presunção de inocência* não admite interpretação que lhe encurte a abrangência, seja por sua natureza de regra garantidora da liberdade, seja por tratar de marco temporal irretorquível externado pelo conceito de trânsito em julgado.

A esse respeito, verbaliza Rogério Lauria Tucci “que o texto de lei, especialmente o constitucional, quando claro, inadmite interpretações restritiva, extensiva, ou diversificativa: *in claris cessat interpretatio*”⁶⁵. Mas o alcance desse antigo e consagrado axioma merece temperamento. A adjetivação acerca da clareza da norma, ou especificamente dos significantes nela contidos, decorre necessariamente de interpretação prévia. Embora todos os significantes sejam passíveis de interpretação, há os que apresentam maior ou menor abertura semântica, isoladamente ou em conjunto. Está a parecer, na linha do exposto, que a expressão “todos são iguais perante a lei” apresenta maior complexidade do que “trânsito em

uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido” (idem, p. 142). É factível discordar das posições do Ministro Barroso, jamais impugnar o vigor e a coerência de seus argumentos.

65 TUCCI, op. cit., p. 317. Conforme asseverou o Ministro Marco Aurélio: “O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa”.

“julgado”, instituto de natureza processual que passa a existir topicamente a partir da correspondente certificação.

Essa conclusão não obstaculiza, como a princípio pode parecer, alguma construção hermenêutica da norma constitucional em comento, senão que de cunho literal. Pelo contrário, outra interpretação é não apenas permitida, como também estimulada, contanto que otimize a tutela da liberdade, não o contrário⁶⁶. Deveras, “quando se trata de disposição ambígua ou obscura, propiciante de entendimento duvidoso, torna-se admissível a interpretação extensiva, em favor da liberdade”⁶⁷. É preciso asseverar, portanto, que “a presunção de inocência, enquanto princípio reitor do processo penal, deve ser maximizada em todas as suas nuances”⁶⁸.

Não há, pois, como ultrapassar essa cláusula temporal senão que em prejuízo à garantia constitucional a ela diretamente relacionada, posto que essa garantia “reside e, portanto, se esgota no fenômeno processual denominado trânsito em julgado”⁶⁹. Destarte, “toda providência ou restrição que importe em antecipação da condenação ou de sua execução parece vedada ao legislador”⁷⁰.

No preciso magistério de Luis Gustavo Carvalho: “Se a Constituição garante a presunção de inocência até o trânsito em julgado, vale dizer que a presunção só desaparece e, conseqüentemente, só é possível a prisão por condenação após a constituição da coisa julgada material. Ela só irá ocorrer com o conhecimento e a rejeição do recurso

66 O Ministro Celso de Melo refere em seu voto que a *presunção de inocência* é “cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral”. Refere que a norma em comento “estabelece, *de modo inequívoco*, que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Por isso, admite apenas e tão-somente “hermenêutica essencialmente emancipatória”, pois outro tipo de solução resultaria em “esterilização” da garantia.

67 TUCCI, op. cit., p. 317.

68 LOPES JR., op. cit., p. 229.

69 TUCCI, op. cit., p. 318.

70 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 602.

extraordinário e do recurso especial, com sua não interposição ou com o julgamento e a rejeição do agravo interposto para o recebimento dos referidos recursos. Essa conclusão baseia-se naquele mesmo raciocínio empregado para não limitar, de qualquer forma, o dispositivo constitucional”⁷¹.

Prevalecendo o entendimento direcionado a suprir disfunções que devem ser remediadas não apenas pelo Poder Judiciário, e criado ao arrepio do que dispõe o sistema jurídico objetivo, nada obstará que, ante o recrudescimento da violência, proclame-se que determinada categoria de crimes desconsidere o trânsito em julgado para antecipação do cumprimento da pena já por ocasião do julgamento em primeira instância, ao fundamento de que nesses casos específicos a culpa já está devidamente formada⁷². Por conseguinte, para que não se corra esse risco, é imprescind-

71 CARVALHO, op. cit., 192.

72 O Ministro Barroso distingue prisão, que deve decorrer de ordem escrita e fundamentada da autoridade competente, de culpabilidade, a qual, na sua ótica, é que exige o trânsito em julgado. Assevera que “O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade”. Mas qual seria o limite a partir de então? Sem ele, em tese, decisão de primeira instância já poderia propiciar a antecipação da pena, por exemplo, em casos de crimes hediondos, delitos apenados com reclusão ou com pena privativa de liberdade superior a tantos anos. Tudo a depender do termômetro que mede a insatisfação social com a (in)eficiência do sistema processual penal. Com a devida vênia, o insigne julgador não trabalha com a sutil diferença acerca das medidas cautelares, que não importam antecipação de pena e apresentam regência diferenciada. O inciso LXI do art. 5.º da Constituição Federal conforma exatamente a exceção representada pela prisão cautelar. Depende de motivação específica e condizente com seus requisitos, não se harmonizando com efeito automático de decisão restritiva da liberdade. O voto, ademais, esclarece que a execução provisória impediria a aplicação de efeitos extrapenais, como a perda do cargo público. Entretanto, não há qualquer garantia para que isso não ocorra. Afinal, o Supremo Tribunal Federal respaldou que mesmo efeitos reflexos podem ser imediatamente considerados quando do julgamento da Lei de Ficha Limpa. Observe-se a interpretação do Min. Gilmar Mendes: “Note-se que a Lei da Ficha Limpa considera inelegíveis os condenados por diversos crimes graves nela relacionados, a partir do julgamento em Tribunal (art. 1º, I, “e”, da Lei Complementar 64/90, introduzido pela Lei Complementar 135/10). Essa norma é constitucional, como declarado pelo Supremo Tribunal (Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgadas em 16.2.2012). Ou seja, a presunção de não culpabilidade não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, a condenação criminal surta efeitos severos, como a perda do direito de ser

dível considerar que as “restrições somente se justificam após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória”⁷³.

Outra vez são pertinentes as lúcidas reflexões de Luis Gustavo Carvalho: “não há como não se objetar que o prolongamento das lides é indesejável e concorre substancialmente para a impunidade (...). O ideal seria que a Constituição apenas expressasse o princípio em termos genéricos, sem fixar um marco processual, como fez ao aludir ao trânsito em julgado. Assim, a jurisprudência poderia adequá-lo melhor. Andou melhor a Convenção Americana ao prever a presunção de inocência até que se comprove a culpabilidade, permitindo, como isso, que regras infraconstitucionais estabeleçam, por meio dos efeitos atribuídos aos vários recursos, quando cederia a presunção. Portanto, o art. 8.º, n. 2, da Convenção é mais restritivo do que o dispositivo constitucional brasileiro. Mas não se pode advogar que a Convenção tenha restringido o princípio brasileiro, pois a própria Convenção prevê que sua aplicação não pode reduzir as garantias estabelecidas pelo direito interno. Diante desse quadro, não se pode pretender constitucional a expedição de mandado de prisão, automaticamente, pela confirmação de condenação no segundo grau de jurisdição, sendo necessária fundamentação acerca da necessidade da prisão”⁷⁴.

Nesse cenário, é premente cogitar de outras soluções como reforma da legislação, quiçá da própria Constituição Federal. Aliás, nessa seara, cabe ressaltar que a exacerbada competência atribuída ao Supremo decorre não apenas do que a Constituição lhe confere, mas especialmente de postura pouco restritiva que contribui significativamente para os

eleito. Igualmente, não parece incompatível com a presunção de não culpabilidade que a pena passe a ser cumprida, independentemente da tramitação do recurso”. Ademais, não restou cabalmente esclarecido pela Suprema Corte se é possível antecipar, na linha das sanções privativas da liberdade, as restritivas de direitos e a multa.

73 GIACOMOLLI, op. cit., p. 96.

74 CARVALHO, op. cit., p. 192. Essa construção doutrinária é corroborada pelo seguinte fragmento extraído do voto do Min. Celso de Melo: “É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América e na França, *entre outros Estados democráticos*, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a *necessária observância* do trânsito em julgado da condenação criminal”.

problemas que a Corte procura solucionar por vias transversas⁷⁵. Sem resguardar-se aos casos paradigmáticos e precavendo de se imiscuir em julgamentos de natureza meramente ordinária, em nada contribuirá o Supremo para o aprimoramento do sistema. Porém, não se observa essa cautela. Para comprovar essa assertiva basta invocar a ressalva admitida pelo próprio Supremo no que se refere à ora admitida execução provisória.

4.4 A suficiência de duas instâncias decisórias

Não há dúvida de que a consistência da acusação é obtida com a decisão de segundo grau, onde se exaure o exame dos fatos e das provas, e que às instâncias superiores, provocadas pelos recursos extraordinário e especial, incumbirá apenas a análise de matéria essencialmente jurídica. Daí se deduz que o duplo grau é suficiente para fixação da responsabilidade criminal do processado e que a imposição de outras esferas recursais não encontra paralelo nos sistemas jurídicos estrangeiros. Tampouco é discutível a conveniência de cumprimento da condenação desde o exame pela instância recursal ordinária por imperativo de efetividade da jurisdição. A questão é que há obstáculo constitucional expresso que, queira-se ou não, concorde-se ou não, deve ser respeitado.

75 As críticas formuladas em desfavor do excesso de atribuições do Supremo Tribunal Federal, temperada pela ausência de contenção do exame dos pleitos que lhe são dirigidos, constam do seguinte trabalho: COSTA, Gerson Godinho da. *Suprema Hipertrofia. Direito Federal – Revista da AJUFE*. Brasília, ano 26, n. 93, p. 271-294, jul./dez. 2013. Sem embargo desse direcionamento, é instrutiva a autocrítica realizada pelo Min. Fachin: “Há, todavia, com a devida vênia de quem eventualmente conceba de forma diversa, um agigantamento dos afazeres deste Supremo Tribunal Federal, que decorre da própria forma como esta Corte interpreta determinadas regras constitucionais. Não faço aqui apologia daquilo que se costuma denominar de jurisprudência defensiva. Quero, todavia, dizer que, dentro daquele espaço que a Constituição outorga ao intérprete uma margem de conformação que não extrapola os limites da moldura textual, as melhores alternativas hermenêuticas quiçá são, em princípio, as que conduzem a reservar a esta Suprema Corte primordialmente a tutela da ordem jurídica constitucional, em detrimento de uma inalcançável missão de fazer justiça nos casos concretos”.

Sob outro enfoque, os índices relacionados ao provimento de recursos especiais e extraordinário, reputados irrisórios, poderiam ser utilizados para justificar a supressão da segunda instância, acaso constatado que seja ínfimo também o número de reformas de sentenças condenatórias. A supressão do trânsito em julgado, qualificador da garantia da *presunção de inocência*, permitiria, *a contrario sensu*, soluções dessa espécie.

Ademais, a solução majoritária proposta não trata de corrigir eventual desconfiança com as instâncias ordinárias, posto que essa suspeita remanesce travestida da ressalva de revisão tópica do próprio entendimento acerca da possibilidade de execução antecipada.

4.5 A utilização abusiva de recursos

O problema dos recursos protelatórios não é específico das instâncias extraordinárias, também sucede nas esferas ordinárias. Ademais é preciso reconhecer que muitos desses recursos foram pretorianamente construídos ou estão previstos em regimentos internos elaborados pelas próprias cortes.

Igualmente seria recomendável comportamento menos passivo do Poder Judiciário em relação ao tratamento dispensado a recursos indiscutivelmente protelatórios, inclusive mediante imposição das penalidades processuais cabíveis.

4.6 Mutação constitucional

Quanto à mutação constitucional não restou esclarecido o que precisamente se transformou para autorizar essa viragem na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Não há como medir se o sentimento de impunidade é maior ou menor do que há cinco ou dez anos. Não há, outrossim, nesse curtíssimo interregno, algo que evidencie sensível mudança na facticidade que permita a releitura de sua normatividade.

E ainda que perceptível alguma modificação, seria imprescindível atentar ao magistério de Luis Gustavo Carvalho: “Está certo que as nor-

mas – entre as quais estão os princípios – não podem ser interpretadas alheias ao mundo real, ficticiamente, sob pena de cair-se num positivismo sem sentido. Concorde-se que uma coisa é presumir a inocência de todos, especialmente daquele que está afirmando sua própria inocência; outra coisa é continuar presumindo a inocência de quem, além de já condenado pela segunda instância ou pelas duas instâncias, não está mais lutando por tese que evite a sua prisão. Mas esses argumentos não têm força para se sobrepor ao texto constitucional: presume-se a inocência até o trânsito em julgado. A solução, portanto, parece não estar nas mãos do Judiciário, mas do Legislativo⁷⁶.

4.7 A relativização da relativização. Circularidade prática

Conforme anteriormente ressaltado, o Supremo Tribunal Federal optou por ressaltar a possibilidade de analisar topicamente os casos em que se mostrar necessário suspender a execução provisória. Chegou a aventar os instrumentos processuais aptos para essa finalidade, como a atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial ou o manejo do habeas corpus.

Ante o que já foi sustentado criticamente a respeito, incumbe apenas sugerir que qualquer reflexão mais apropriada sobre a questão não dispensaria o cotejo dos números que retratem os recursos especial e extraordinário apresentados até o julgado com os de pedidos de suspensão da execução provisória. Leitura intuitiva e prognóstica do cenário aponta que serão aproximados. Caso procedente essa especulação, por certo que a pretensão de corrigir algumas inapetências do sistema penal se revelará inócua. E ao custo inestimável de relativização de garantia constitucional. Na linha do que sustenta Luigi Ferrajoli, no sentido de que “nenhum valor ou princípio é satisfeito sem custos. E esse é um custo que o sistema penal, se quiser salvaguardar sua razão de ser, deve estar disposto a pagar”⁷⁷, infelizmente restará devedora a Corte Suprema.

76 CARVALHO, op. cit., p. 193.

77 FERRAJOLI, op. cit., p. 449.

Conclusões

Nesse momento encontra-se maduro sintetizar a seguinte conclusão: o Supremo diagnosticou acertadamente a enfermidade do sistema processual penal, ante os sintomas antes enumerados, mas equivocou-se ao ministrar o medicamento.

A relativização da *presunção de inocência* poderá servir de paradigma a indesejável ativismo judicial, do qual poderá resultar indevida interferência quanto à atuação de outros poderes, inclusive ao arrepio de significantes legislativos, sejam constitucionais ou infraconstitucionais, ante o inequívoco alargamento semântico adotado pela Corte Suprema. Ou seja, periclita hoje não apenas a garantia constitucional aventada, mas provavelmente, no futuro, também a segurança do próprio sistema jurídico.

Esse, entretanto, é um prognóstico que pode não se consolidar. Ou por que o Supremo Tribunal Federal ainda pode se posicionar diferentemente, em consonância com as conclusões ora apresentadas, ou por que, mesmo mantendo sua orientação, revelem-se ineptas as desventuras *hic et nunc* conjecturadas.

O que de toda maneira restará inabalável é o legado intelectual respeitável e íntegro de Teori Zavascki. Dele será possível discordar, ao preço de muito esforço teórico, incumbindo, ainda, a esse filtro crítico, estar necessariamente situado entre a *desaprovação ignorante* e a *admiração acrítica*, nunca nesses extremos.

Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. *Código de Processo Penal e Constituição Federal*. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Constituição*. Organização por Alexandre de Moraes. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus n. 126.292/SP. Data do Julgamento: 17 fev. 2016. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 28 ago. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição*: princípios constitucionais do processo penal. 6. ed., rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed., rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Gerson Godinho da. Suprema Hipertrofia. *Direito Federal – Revista da AJUFE*. Brasília, ano 26, n. 93, p. 271-294, jul./dez. 2013.

DERVIEUX, Valérie. O Sistema Francês. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Processos Penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 149-242.

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e direito penal*: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos: pacto de San José da Costa Rica*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

JUY-BIRMAN, Rudolphe. O Sistema Alemão. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Processos Penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 05-73.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PERRODET, Antoinette. O Sistema Italiano. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Processos Penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 341-429.

PESQUIÉ, Brigitte. O Sistema Belga. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Processos Penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 75-148.

SPENCER, J.R. O Sistema Inglês. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Processos Penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 243-339.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.